

Handläggare
Jan Malmberg

Datum
2011-08-30

Diarienummer
KSN-2011-0330

Kommunstyrelsen

Yttrande över SOU 2011:43 Offentlig upphandling från eget företag - och vissa andra frågor

Förslag till beslut

Kommunstyrelsen beslutar

att yttra sig över utredningens förslag enligt **bilaga 1**.

Ärendet

I en statlig utredning har studerats förutsättningarna och villkoren för att kommuner ska kunna handla varor och tjänster från sina egna företag utan att inköpen ska föregås av en upphandling. Utredningen har haft två ytterligare frågor att belysa, dels möjligheten att en kommun ska kunna delegera rätten att fatta beslut i en upphandling på annan part s.k. inköpscentraler, dels hur kommunen ska säkerställa det kommunala ändamålet för sina bolag.

Utredningens förslag har sammanfattats av kommunledningskontoret, **bilaga 2**, och innebär i korthet följande:

- Inköp från egna företag får genomföras utan upphandling om kommunen förfogar över företaget såsom det vore den del av den egna organisationen samt att företaget endast i mindre omfattning bedriver annan verksamhet än det som kommunen köper
- En kommun bör kunna överlåta upphandling och de beslut som ingår i upphandlingen till personer utanför den egna organisationen om de ingår i en s.k. inköpscentral
- Det kommunala ändamålet och de kommunalrättsliga principerna ska tydliggöras för kommunala bolag samt kravet på bolag att inhämta ställningstagande i principiella eller frågor av större vikt ska framgå av bolagets bolagsordning
- Resultatet av kommunstyrelsens uppsiktsplikt över ett kommunalt bolag ska redovisas i årliga beslut.

Uppsala kommun har fått utredningen på remiss och föreslås yttra sig i enlighet med **bilaga 1**.

Föredragning

Utredningens huvuddel handlar om att permanent ge kommuner möjlighet att handla från sina egna företag utan upphandlingsförfarande. För att detta ska få ske ska de sk Teckal-kriterierna

vara uppfyllda. Dessa kriterier har redan idag tillämpning inom EU genom EU-domstolens praxis men finns ej införda i svensk lagstiftning annat än som ett tillfälligt undantag. Undantaget gäller from 15 juli 2010 tom 31 december 2012. Förslaget i denna del utgör en sedan länge efterlyst åtgärd då frågan om hur en kommun organiserar sin verksamhet inte bör vara styrande för hur köp kan ske inom koncernen.

Teckal-kriterierna innebär för att de ska anses gälla dels att kommunen ska ha samma kontroll över leverantören, det egna bolaget, som den har över sin egen förvaltning dels att den verksamhet som leverantören utför tillsammans med annan än kommunen ska vara av marginell karaktär.

Enligt utredningens förslag kan inköp ske från de egna företagen samt i omvänd riktning, från kommunen till företagen, så länge som de sker i rakt nedåt- eller uppåtstigande riktning. Däremot vill utredningen undanta möjligheten för bolag inom en koncern att köpa från varandra utan föregående upphandling såvida inte bolagen är direkt kopplade till varandra genom ägande (i rakt nedåt- eller uppåtstigande riktning). En sådan begränsning kan synas onödig i de fall båda bolagen i relation till kommunen uppfyller Teckal-kriterierna. Genom kommunens dominerande inflytande över bolagen skulle de lika gärna kunna vara organiserade inom kommunen som inom kommunkoncernen.

Utredningens förslag om att en kommun kan överlämna hela upphandlingsprocessen inkl besluten om tilldelning och antagande av leverantör betyder att en s.k. inköpscentral utan administrativ extra hantering kan genomföra hela det uppdrag den tilldelats. Med nuvarande ordning måste inköpscentralen låta kommunen avsluta upphandlingen genom att kommunicera tilldelningsbeslut med anbudsgivarna. Förslaget innebär både en rationalisering av själva upphandlingsarbetet och att den risk som finns med sekretessbrister då flera upphandlande enheter överlåtit en gemensam upphandling på en inköpscentral kan elimineras. Utredningens förslag innehåller därför positiva förändringar.

Det tredje området som utredningen berör är hur en kommun ska binda sina bolag vid de kommunalrättsliga principerna samt hur kommunstyrelsens uppsynsplikt ska redovisas. Förslagen i denna del har inte direkt en koppling till upphandling utan är mer generella. Utgångspunkten för kommunala bolag är att de kommunalrättsliga principerna utgör grundläggande förutsättningar för verksamheten i ett kommunalt bolag. För att säkerställa att detta dels blir känt dels rättsligt binder bolaget föreslår utredningen att kommunen i bolagsordningen för sina bolag ska skriva in det kommunala ändamålet samt de kommunala befogenheter som utgör ramen för bolagets verksamhet. Vidare föreslås att i bolagsordningen ska införas krav på att bolaget inhämtar ägarens syn på principiella eller frågor av större vikt före det att bolaget fattar beslut.

I anslutning till frågan om att precisera vissa förhållanden i bolagsordningen har utredning även föreslaget att resultatet av den uppsynsplikt som kommunstyrelsen har över kommunens bolag ska dokumenteras. Det innebär att kommunstyrelsen till kommunfullmäktige ska redovisa huruvida ett bolags verksamhet under föregående kalenderår har utförts dels inom ramen för de kommunala befogenheterna dels i överensstämmelse med det kommunala ändamål som gäller för bolaget. Redovisningen ska lämnas till kommunfullmäktige samtidigt som årsredovisningen lämnas. Förslaget i denna del kan ses som ett sätt att för såväl fullmäktige som allmänhet få en klarare bild av bolagens verksamhet.

Utgångspunkten i det remissvar som formats i **bilaga 1** är att kommunen i allt väsentligt stöder grunden till de förslag som utredningen lägger. I vissa delar lämnas synpunkter på att förslagen kan realiseras på annat sätt än utredningens förslag. Det gäller främst hur de s.k. Teckal-kriterierna ska formas inom ramen för lagstiftningen. Utredningen föreslår att

kriterierna ska preciseras och införas i lagtexten. Ett alternativt sätt att få Teckal-kriterierna att gälla för svensk del är att använda begreppet kontrakt som finns i EU-direktiven. Genom att undanta avtal som träffas mellan upphandlande myndighet och leverantör från kravet på att föregås av en upphandling i de fall avtalen inte utgör kontrakt enligt direktiv 2004/18 EG kommer Teckal-kriterierna att bli tillämpliga inom Sverige. Det medför att svensk domstol inte behöver pröva dessa kriterier utan att EU-rättens praxis kring Teckal-kriterierna och deras tillämpning blir vägledande även inom Sverige.

När det gäller kraven på att binda kommunens bolag vid dels det kommunala ändamålet dels de kommunalrättsliga principerna, självkostnad-lokalisering-likställighet, kan konstateras att det redan idag till del gäller för Uppsala kommuns bolag. I bolagsordningarna finns intaget dels ändamålet dels bolagens skyldighet att höra ägaren före det att beslut av större vikt eller principiell betydelse fattas. Det som behöver kompletteras i bolagsordningarna är de kommunalrättsliga principerna. Dessa faktorer finns till del i de ägardirektiv som kompletterar bolagsordningarna. För att skapa den föreslagna ordning som utredningen anger är förslaget med att ha all materia i bolagsordningarna en väg att gå.

Ekonomiska konsekvenser
Inte aktuellt i detta ärende.

Kommunledningskontoret

Kenneth Holmstedt
stadsdirektör

Handläggare

Datum
2011-08-30Diarienummer
KSN-2011-0330Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Yttrande över SOU 2011:43 Offentlig upphandling från eget företag - och vissa andra frågor

Uppsala kommun har fått möjligheten att yttra sig över betänkandet av OFUKI-utredningen. I det följande redovisas Uppsala kommuns syn på förslagen i utredningen.

Uppsala kommun stödjer det förslag som utredningen lägger avseende att införa permanenta bestämmelserna om undantag från upphandlingsskyldighet i Lag om offentlig upphandling. När det gäller sättet att införa undantaget i lagen delar kommun dock inte utredningens mening utan ser hellre att begreppet kontrakt används för att på så sätt få en överensstämmelse med motsvarande begrepp i EU-direktivet. På så sätt kommer EU-domstolens nuvarande och kommande praxis att få genomslag i Sverige. Omfattningen av undantaget bör vidare kunna gälla inom en bolagskoncern i sin helhet, inte endast då bolagen är organiserade i rakt uppåt- eller neråtgående riktning. Motivet för att ha en frihet att utan upphandlingsskyldighet göra anskaffningar mellan bolag i en koncern är att flera av dessa verksamheter tidigare varit organiserade inom den kommunala förvaltningen och då kunnat göra anskaffningar sig emellan utan skyldighet att upphandla.

Uppsala kommun delar i stort utredningens övriga huvudförslag rörande:

- Möjlighet att överföra beslutanderätten i upphandlingsärenden på annan part
- Krav på att i bolagsordningen binda kommunala bolag vid det kommunala ändamålet, de kommunalrättsliga principerna samt att inhämta ställningstagande i principiella frågor eller frågor av större vikt
- Kommunstyrelsens uppsiktsplikt över ett kommunalt bolag ska redovisas i årliga beslut.

När det gäller möjligheten att överföra beslut i upphandlingsärenden på annan part bedöms det ge en både snabbare och mer säker hantering av upphandlingar där flera parter är inblandade.

De krav som förslås bli införda på hur en kommun ska i bolagsordningen binda sina bolag vid det kommunala ändamålet, de kommunalrättsliga principerna samt kravet på att inhämta

ställningstaganden i vissa frågor tillämpas redan idag inom Uppsala kommuns kommunkoncern till stor del. Det som idag inte finns formulerat i bolagsordningar finns uttryckt i andra styrdokument varför kommunen stöder förslaget att samla de föreslagna bestämmelserna på ett ställe, bolagsordningen. Motivet till att göra så är främst att få en ökad tydlighet vad som gäller för verksamheten i de kommunala bolagen.

Beträffande förslaget att resultatet av kommunens uppsynsplikt ska dokumenteras på något sätt finner kommunen att det ger möjlighet till en ökad insyn i frågan hur kommunen ser på sina bolag och den verksamhet de bedriver. En ökad transparens främjar både demokrati och ökar legitimiteten för kommunala bolag.

Gunnar Hedberg
Kommunstyrelsens ordförande

Astrid Anker
Kommunstyrelsens sekreterare

Sammanfattning av betänkandet SOU 2011:43

Undantag från upphandlingskyldighet i in house-situationer

Huvudregeln enligt EU-rätten är att en offentlig myndighet som är upphandlande myndighet måste genomföra en upphandling när t.ex. varor eller tjänster anskaffas från någon annan. Huvudregeln om upphandlingskyldighet gäller även enligt den svenska upphandlingslagstiftningen. I de s.k. SYSAV-domarna, RÅ 2008 ref. 26, ställdes Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) inför frågan om ett undantag i enlighet med EU-domstolens praxis gällde på motsvarande sätt vid tillämpning av den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling som vid tillämpning av unionsrätten. Regeringsrätten fann att så inte var fallet eftersom lagen inte innehöll ett sådant undantag.

Utredningen föreslår att *permanenta bestämmelser* om undantag från upphandlingskyldighet införs i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet inte behöver genomföra en offentlig upphandling när den anskaffar t.ex. varor eller tjänster från en juridisk person som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Det kan till exempel avse anskaffning från ett aktiebolag eller ett kommunalförbund. Även anskaffning från en gemensam nämnd kan omfattas av undantaget. Det föreslagna undantaget gäller också anskaffning i *omvänd riktning*, dvs. anskaffning som görs av den juridiska personen eller den *gemensamma nämnden från den upphandlande myndigheten*. Däremot omfattar undantaget *inte* anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation *i andra fall* än då anskaffningen görs i rakt nedåt- eller uppåtstigande led.

En förutsättning för att undantaget ska vara tillämpligt är att två villkor är uppfyllda.

- (1) Villkoren innebär att den upphandlande myndigheten ska *utöva en kontroll* över leverantören som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning.
- (2) Vidare får verksamhet som leverantören utför tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten endast vara av *marginell karaktär*.

Utredningen föreslår att bestämmelserna ska träda i kraft den 1 januari 2013 och att de ska tillämpas även i fall då avtal har slutits

Argument för och mot undantaget

Argument som talar *för* undantaget är bl.a.

- (1) de faktiska förhållandena i fråga om hur den offentliga verksamheten organiserats och förekomsten av upphandlande myndigheters anskaffning från fristående enheter. Redan gjorda infrastrukturella investeringar i offentliga företag kan äventyras om deras varor och tjänster måste upphandlas.
- (2) Upphandlingskrav kan även försvåra framtida sådana satsningar, t.ex. som del i kommunal samverkan.
- (3) Dessutom kan ett krav på upphandling bli verkningslöst om verksamhet som i dag bedrivs i t.ex. aktiebolag överförs till statlig eller kommunal förvaltningsform.
- (4) Att staten, kommuner och landsting har möjlighet att välja olika organisationsformer för sin verksamhet talar också för att ett in house-undantag bör införas i LOU. Valet av organisationsform bör kunna göras utifrån överväganden om hur verksamheten kan bedrivas på lämpligaste och effektivaste sätt. Om ett undantag inte införs kan dock valet påverkas av upphandlingsregleringen, med risk att den effektivaste

organisationen väljs bort. Den kommunala självstyrelsen i fråga om val av organisationsformer bör inte begränsas utan tungt vägande skäl.

- (5) Ett annat argument som talar för att ett in house-undantag bör införas i LOU är att lagen därigenom kommer i överensstämmelse med EU-rätten och att regleringen blir enhetlig.

Argument som talar *mot* ett in house-undantag i LOU är främst att upphandlingsskyldighet i viss utsträckning kan ge ökade möjligheter för den privata sektorn att konkurrera med offentliga företags säljverksamhet till sina ägare. Dock har redan genom EU-domstolens formulering av Teckal-kriterierna tagits hänsyn till vikten av goda konkurrensförhållanden. Argumenten mot ett undantag framstår enligt utredningens mening inte som tillräckliga för att tillmätas en avgörande betydelse.

Varför inte undantag i LUF och LOV?

Enligt utredningens mening bör det inte införas något in house-undantag i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Även om likartade hänsynstaganden kan göras som vid bedömningen i fråga om LOU, finns vissa särförhållanden för LUF. Särskilt med hänsyn till de regler som redan finns i LUF om undantag för bl.a. s.k. anknutna företag framstår behovet av ett undantag i den lagen som väsentligt mindre än behovet av ett undantag i LOU. Något undantag bör enligt utredningens mening inte heller införas i lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV. Utredningen bedömer att syftet med valfrihetssystem enligt LOV inte är förenligt med att det införs ett in house-undantag i lagen.

Kommunalrättsliga principer och de kommunala företagen

Utredningen föreslår att fullmäktige ska se till att *det fastställda kommunala ändamålet med bolagets verksamhet anges i bolagsordningen* liksom *de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga*. Vidare föreslår utredningen att fullmäktige ska se till att skyldigheten för bolaget att inhämta ställningstagande åstadkoms genom bestämmelser i bolagsordningen. Motsvarande föreslås även för stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden när en kommun ensam eller ett landsting ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

Förslaget innebär att

- (1) Kommunstyrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag ska ta ställning till om företagets verksamhet har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna.
- (2) När fullmäktige har fastställt ett kommunalt ändamål med verksamheten ska styrelsen, enligt förslaget, även ta ställning till om verksamheten har varit förenlig med detta ändamål.
- (3) Styrelsens beslut ska enligt utredningens förslag lämnas över till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen för samma kalenderår.
- (4) Om det saknas förenlighet i något avseende som nu angetts, ska styrelsen lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder.
- (5) Styrelsen ska även lämna sådana förslag till fullmäktige om det framkommit att det kommunala ändamål med aktiebolagets verksamhet som fastställts av fullmäktige inte är förenligt med de kommunala befogenheterna.
- (6) Styrelsen ska vid behov även vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i KL beträffande kommunala aktiebolag är uppfyllda.

Utredningen föreslår att bestämmelserna ska träda i kraft den 1 januari 2013. Vad gäller fullmäktiges skyldigheter i fråga om innehållet i stiftelseförordnanden eller stiftelseurkunder föreslås dock att äldre regler ska fortsätta att gälla för stiftelser som bildats före ikraftträdandet.

Skäl

Ungefär en femtedel av de bolagsordningar som undersökts av utredningen saknar ändamålsbestämmelse, trots att förbudet mot spekulativa företag kan antas gälla för hela eller delar av den verksamhet som bedrivs. I fler än hälften av de undersökta bolagsordningarna kommer vidare inte en eller flera av de övriga principerna till uttryck, trots att dessa kan antas gälla för hela eller delar av den verksamhet som bedrivs.

Utredningen bedömer mot bakgrund av bl.a. undersökningen att *det generellt sett finns en konkret risk för att de kommunalrättsliga principerna inte görs bindande för kommunala företag*. Det finns därmed också *reella problem i fråga om begränsningen av de kommunala företagens formella kompetens*. Detta gäller enligt utredningens mening oavsett i vad mån de kommunala företag för vilka principerna inte gjorts bindande ändå agerar efter dessa.

Enligt utredningens mening skulle ett regelverk som leder till att de kommunala företagen *alltid* är bundna av de kommunalrättsliga principerna, när dessa är tillämpliga, kunna vara av värde. Sådana bestämmelser skulle emellertid kunna ifrågasättas ur ett associationsrättsligt perspektiv. Utredningen anser därför att det i stället bör vidtas åtgärder för att det genom den interna kommunala uppföljningen av företagen säkerställs att de kommunalrättsliga principerna såväl är bindande för företagen som att dessa följs. Utredningen anser att det är en *brist* att det inte finns något krav på att bolagsordningen för kommunala aktiebolag innehåller samtliga kommunalrättsliga principer i den mån de är tillämpliga för den aktuella verksamheten. Principerna utgör grundläggande förutsättningar för verksamheten i ett kommunalt aktiebolag och bör därför enligt utredningens mening också göras bindande genom att komma till uttryck i det centrala styrande dokumentet för bolaget. Motsvarande gäller i fråga om det kommunala ändamål som fullmäktige ska fastställa enligt 3 kap. 17 § KL. Även skyldigheten för helägda kommunala bolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande innan beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas, bör enligt utredningens mening säkerställas av fullmäktige genom att bestämmelser tas in i bolagsordningen. Utredningen anser därför att fullmäktiges ansvar att fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten i helägda aktiebolag ska kompletteras med en skyldighet att se till att detta ändamål och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten kommer till uttryck i bolagsordningen.

Vidare anser utredningen att fullmäktiges ansvar att se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt ska kompletteras med ett krav på att skyldigheten för bolaget att inhämta ställningstagande ska anges i bolagsordningen. Motsvarande bedömning görs av utredningen beträffande sådana stiftelser som bildas av en ensam kommun eller ett ensamt landsting. Det som i fråga om aktiebolag ska tas in i bolagsordningen får för stiftelser tas in i stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden. Någon ändring av i vilken grad de kommunalrättsliga principerna ska göras bindande för kommunala aktiebolag är inte avsedd. Ändringen avser endast det sätt på vilket bundenheten ska åstadkommas.

Överföring av rätten att fatta upphandlingsbeslut från kommuner och landsting

Utredningen föreslår att

- (1) nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund ska ges möjlighet att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till personer utanför den egna organisationen. Delegationsmöjligheten avser sådana fall då en nämnd anlitar en s.k. inköpscentral för att medverka i en upphandling såsom ombud. Nämnden får då enligt förslaget delegera beslutanderätt till anställda i centralen.
- (2) Beslutanderätten *får inte* delegeras i vissa ärenden, bl.a. sådana som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet. Förslaget innefattar att nämnden kan uppdra åt ett utskott, en ledamot eller ersättare eller åt anställda i kommunen, landstinget eller kommunalförbundet att delegera beslutanderätt på nämndens vägnar. Om delegation lämnas med stöd av ett sådant uppdrag, ska detta anmälas till nämnden.
- (3) Beslut som anställda i inköpscentraler fattar på delegation ska, enligt utredningens förslag, anmälas till den som har lämnat uppdraget att fatta beslut.
- (4) Bestämmelserna om jäv i 6 kap. 24–27 §§ kommunallagen (1991:900), KL, ska tillämpas på anställda i inköpscentraler som fattar beslut på delegation.

Utredningens förslag innebär att nya regler tas in i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter och träder i kraft den 1 januari 2013.

Skäl

Ett uppdrag till en inköpscentral som har ombudsrollen kan enligt nu gällande upphandlingslagstiftning omfatta vissa eller samtliga åtgärder i en upphandling. Kommuner och landsting som anlitar inköpscentraler måste emellertid följa kommunalrätten, som endast ger ett begränsat utrymme för att överlåta åt andra att fatta beslut eller att vidta andra åtgärder i ett ärende. Någon möjlighet att överlåta åt en inköpscentral att fatta beslut i KL:s mening finns inte i dagsläget. Som följd härav måste bl.a. beslut om tilldelning av kontrakt fattas av varje kommun eller landsting som samarbetar om upphandling, även om övriga åtgärder genomförs av en inköpscentral. Detta får bl.a. konsekvenser i form av *administrativt merarbete för inblandade parter samt risk för bl.a. sekretessproblem om tilldelningsbeslut fattas vid olika tidpunkter*. Enligt utredningens mening bör det införas en möjlighet för kommuner och landsting som anlitar en inköpscentral för att medverka i en upphandling såsom ombud att också överföra beslutanderätten i upphandlingsärendet. Mot bakgrund av hur bl.a. andra regler om extern delegation av beslutanderätt utformats, bedömer utredningen att överföringen bör ske såsom delegation av beslutanderätt till anställda i inköpscentralen. I ärenden där fullmäktige har rätt att fatta beslut bör delegation inte vara möjlig. Nämnder bör däremot kunna besluta om delegation. Dessutom bör en nämnd kunna uppdra åt bl.a. kommunalt anställda att fatta delegationsbeslut på nämndens vägnar. En huvudanledning till detta är att det i praktiken ofta torde förekomma att anställda kan vidta samtliga andra åtgärder i en upphandling vid anlitan av en inköpscentral såsom ombud.
